

商品先物取引における客殺し商法と詐欺罪

——同和商品事件を素材としてのケーススタディ——

垣 口 克 彦

目 次

- はじめに
 - I 裁判の経過
 - 1. 同和商品事件の概要
 - 2. 〔第一審〕神戸地裁判決
 - 3. 〔控訴審〕大阪高裁判決
 - 4. 〔上告審〕最高裁決定
 - II 主要論点の検討
 - 1. 客殺し商法の成立可能性
 - 2. 客殺し商法と詐欺罪の成否
- むすびにかえて

はじめに

先に、筆者は、先物取引利用の悪徳商法に対する刑事規制のあり方を論じ、先物取引被害の再発防止における刑法の役割を検討した¹⁾。そして、その際に、マルキ商事事件や同和商品事件におけるような「客殺し商法」につき詐欺罪の成立が認められうるかという問題を取り上げ、それを主要な検討課題の一つとしたことは当然であるとしても、前稿では、論文全体の構成上のバランスを考え、この問題についての論述を必要最小限度にとどめざるをえなかった。

そこで、主として、「商品先物取引における客殺し商法と詐欺罪」という標題の問題はそれ自体が独立して取り上げられるに値する重要なテーマであるという認識から、また付随的には、上記の問題について初めて最高裁レベルにおける判断を示した同和商品事件最高裁決定についての数多くの評釈・解説や、同決定を主要な検討対象として取り上げた論文・学会報告が前稿執筆の前後に公にされたことも誘因となって、筆者としても、それらの文献等を参照のうえ、上記の問題について改めて論じてみることの必要性を感じるに至った。

本稿では、同和商品事件を素材とした一つのケーススタディという方法で、標題の問題についての考察を行なうこととなるが、そのための分析・検討作業は、まず同事件に関する第一審から最高裁に至るまでの裁判の経過を明らかにし、そのうえで、同事件における主要な論点としての、①客殺し商法の成立可能性と②詐欺罪の理論構成について検討を加える、という順序でこれを進めるこ

としたい。ケーススタディという方法を用いたのは、同和商品事件という格好の素材が存在するのであるから、この特定の事案に関する第一審、控訴審および上告審の各判例を詳細に分析・検討し、それにもとづいて、できるかぎり具体的に論述を進めることが本稿の場合にはその目的を達成するにおいて一層有効な考察方法であると判断した、という理由による。

なお、同和商品事件に関する判例については、上記の文献等において詐欺罪の理論構成に主たる関心が寄せられているようであるが、それと同時に、詐欺罪の成否をめぐる論争の前提となる、客殺し商法の成立可能性という問題にもさらに大きな注意が払われるべきであろう。

I 裁判の経過

1. 同和商品事件の概要

(後述の)控訴審の判決理由に即して、同和商品事件の概要を摘示すれば、つぎのとおりである。

(1) 同和商品の経歴

同和商品株式会社は、昭和43年9月に吉原商品株式会社の副社長で事実上同社を統括していた被告人Aが中心となり、神戸市所在の商品仲買人で当時経営不振に陥っていた晃商事株式会社を買収して商号を改め、昭和46年12月までに大阪化学繊維取引所など4取引所に所属する商品取引員(昭和46年1月の商品取引所法改正を経て商品仲買人は商品取引員と称するに至った)となっていた。被告人Aは同和商品の筆頭株主として経営の実権を掌握し、被告人Bを営業部長として吉原商品から入社させ、かつて商品仲買人中井繊維株式会社時代の同僚であったXを管理部長として入社させたほか、被告人C、同D、同E、同F、同Gその他多数の従業員を吉原商品から同和商品に移籍させて、その営業にあたらせていた。

ところで、上記吉原商品は昭和36年7月に被告人Aが友人と共に設立した商品仲買人であるが、昭和45年1月にAが代表取締役に就任するにおよび、業界最大の取引高を誇るに至ったものの、同時に顧客との紛議も多発して主務官庁からはその営業姿勢が最悪であるとの評価を受けていたため、昭和46年の商品取引員制度の改正に際しては商品取引員の許可を得難い見通しとなって、その営業権を地域別に3分割して別会社に移して自らは商品取引員としての業務を行なわないこととなった。しかし同社は傘下に業界において吉原グループと称される多数の商品取引員を擁して実質的な支配力を確保していた。

同和商品も上記吉原グループの一員であり、前述のようなグループ形成の経緯および人的構成からも明らかなように、その営業姿勢には吉原商品以来のものを踏襲するところがあった。すなわち、同和商品は、後述の「向かい玉と客殺し商法」を吉原商品から受け継ぎ、これをその営業方針として採用していた。

(2) 勧誘方法と預り方式の歩合給制度

同和商品においては、数人がかりで手分けして一定の地域の家庭を無差別に片端から訪問勧誘するいわゆる飛び込みと称する勧誘方法を基本とし、その結果として商品取引に無知な一般家庭の主

婦や老人を勧誘する例が多くなり、これら主婦や老人に対しては利益の得られることばかりを繰り返し強調するのを常としていた。

また、同社の給与方式は、顧客から入金される委託証拠金およびそれを超える損失を生じて取引を終了した場合に入金される不足額と顧客に返却した証拠金および支払った利益金との差額(預り)を歩合給算定の基礎とする歩合給制度であり、このような預り方式が従業員をして後述の客殺し商法に走ることを助勢する内部誘因となっていた。

(3) 客殺し商法秘匿による詐欺商法の展開

被告人A(同商品の取締役)、同B(同社の取締役営業部長等)、同C(同社大阪支店勤務の営業課長)、同DおよびF(同支店勤務の副課長等)、同E(同支店勤務の次長等)、同HおよびI(同支店勤務の係長等)、同G(同社徳島支店勤務の課長等)、同J(同支店勤務の次長等)、同K(同支店勤務の主任)の11名は、それぞれの役職にあった者として、いずれも部下を指揮し、顧客に商品先物取引を勧誘するとともに委託証拠金を徴するなどの事務を担当していた。

被告人らは、商品先物取引に関する知識の乏しい一般人を顧客として勧誘するにあたり、顧客から一任売買をとりつけ、または無断売買をするなどして、顧客の意思とは無関係に自己の思いのまま、利乗せ満玉を繰り返し、売買手数料の取得を目的として頻繁に不必要な取引を行ない、利幅を制限し、利益勘定となった顧客については解約を引き延ばすなどという客殺し商法を行なうことによって顧客の委託する商品先物取引で殊更に損失を与え、当該取引に関し向かい玉を建てることによって顧客の損失を同和商品に利得させる意図であるのにその情を秘し、同和商品の従業員の進めるとおりに取引すれば必ずもうかるものであるなどと強調して、同和商品が顧客の利益のために行動する通常の商品取引員であるかに装い、その旨誤信させ、勧誘に応じた顧客から委託証拠金名下に金員等を騙取しようと企て、共謀のうえ、昭和45年8月6日ころから昭和47年3月16日ころまでの間、いずれも商品先物取引に関する知識の乏しい顧客18名に対し、常に誠実に顧客の利益のために売買を助言指導するような態度で繰り返し勧誘して委託証拠金の提供を求め、同人らをしてその旨誤信させ、よって同人らからそれぞれ委託証拠金名下に現金等の交付を受けてこれらを騙取した。

2. [第一審] 神戸地裁判決

(1) 会社ぐるみの詐欺を否定

検察官が、前述した事件の概要とほぼ同趣旨の公訴事実につき、被告人らの行為は詐欺罪に該当するとして起訴したのに対し、第一審である神戸地裁昭和60年3月29日判決²⁾は、検察官が主張するような客殺し商法が同和商品において営業方針として用いられていたとは認め難いとして(営業方針としての客殺し商法を否定した理由については、後述する)、会社ぐるみで詐欺が行なわれていたことを全面的に否定したうえで、各個別の勧誘文言のうち取引上の駆け引きとしても許容されないような明らかな虚言(具体的な欺罔的言辞)を含むと認められるケース(顧客4名に対し、「損益にかかわらず元金は保証する」、「銀行並みの利子をつけて返す」などと確約したり、「今朝すでに買った以上、今更止めると言われても困る」などと虚構の事実を申し向けた場合)について、

当該勧誘行為を自ら行なった4名の被告人C, D, H, Iに対してのみ詐欺罪の成立を認めた。

そして、同判決は、上記のケースにあたらないその他の被告人らに対しては詐欺罪については無罪とした（なお、被告人B, 同Jは商品取引所法違反、同Gは業務上横領罪で有罪となっている）。

(2) 客殺し商法を否定した理由

第一審判決は、営業方針としての客殺し商法を否定した理由として、つぎの諸点を挙げている。

(i) 向かい玉 たしかに向かい玉には会社に客を殺す営業方針をとらせる動機となる点で問題があるといえるが、向かい玉それ自体は客を殺す手段でないことはもとより、会社が向かい玉を建てていれば必ず客殺しの営業方針をとるとまで結論づけさせるものでもない。したがって、同和商品が向かい玉を建てていたことをもって、直ちに客殺し商法を行っていたとはいえない。

(ii) 預りを中心とした歩合給制度 同和商品が新規建玉制や預り方式の歩合給制度を採用していたからといって、それが直ちに顧客の損失と結びつく関係にあるわけではない。そのうえ、顧客からの手数料がその主要な収入源となる商品取引員たる会社においては、預り等を歩合給算定の基礎とすることには充分に合理性がある。したがって、同和商品が預りを中心とした歩合給制度を採用していたことをもって、直ちに客殺し商法を行っていたとはいえない。

(iii) 客殺しの方法 ①（利乗せ満玉）満玉が直ちに顧客の損失に結びつくものでないことはいうまでもない。また利乗せ満玉が顧客の承諾のもとになされているかぎり、同和商品がこれを営業方針としていたからといって何ら問題にならないのであり、その結果、顧客が損失を蒙ったとしても、それは顧客が相場の判断を誤ったためであるというほかない。②（頻繁売買）不必要な頻繁取引であるか否かということは、取引の結果が出た時点でいえる結果論にすぎず、それを予知できない商品取引においては、契約時に不必要な取引というものは考えられない。③（利幅制限）同和商品が利幅を低く抑えて仕切ることを営業方針としていたとは認め難いし、かりに利喰い幅の制限があっても低い利益で仕切られたとしても、それをもって客殺しの方法とはいえず、むしろ堅実に利益を得る方法といえる。④（解約引き延ばし）同和商品が主として委託者からの手数料によってその経営を維持する会社である以上、解約等の申出に対し極力説得を試み、取引の継続を図ろうとすることは当然のことである。たしかに委託者の中には、解約の引き延ばしを図られたと疑われるケースもあるが、同和商品が取引通念上の許容限度を著しく超える方法で解約の引き延ばしを図ることを営業方針としていたとは認められない。⑤（無断ないし一任売買）一任売買ないし無断建玉を行なったのはごく一部のケースであり、これをもって同和商品が顧客の無知を利用して一任売買をとりつけ、または無断建玉をすることを営業方針としていたとするわけにはいかない。

(iv) 結論 このようにして、第一審判決は、営業方針としての客殺し商法の成立可能性を逐一検討した結果、それが成立する可能性をことごとく否定し、その帰結として、本件詐欺が会社ぐるみの犯行であるとする検察官の主張を斥けたのである。

3.〔控訴審〕大阪高裁判決

(1) 客殺し商法秘匿による詐欺罪を肯定

第一審の一部有罪判決に対し、検察官と有罪とされた被告人から、いずれも事実誤認を理由に控訴がなされ、控訴審である大阪高裁昭和63年2月9日判決³⁾は、まず同和商品における客殺し商法の成立可能性について詳細な検討を加えた結果、(後述の理由で)これを肯定し、つぎに客殺し商法の成立を前提としたうえで、検察官が主張する客殺し商法秘匿による詐欺罪の成立を認め、第一審判決中各被告人に対し無罪を言い渡した部分および被告人C, D, G, H, Iに対する各懲役刑の言い渡しに関する部分をそれぞれ破棄し、被告人11名全員を有罪とした。

なお、同判決が客殺し商法秘匿による詐欺罪という会社ぐるみの詐欺罪の成立を認めたことにより、同和商品のトップマネジメントであった被告人Aと同B(両者とも第一審では詐欺罪について無罪となっていた)にも有罪が言い渡されたことに注意しなければならない⁴⁾。第一審と控訴審との、この点における結論の差異はきわめて大きいといえる。

そして、同判決は、本件詐欺罪の理論構成については、つぎのように述べている。

すなわち、「客殺し商法によって顧客に確実に損失を生じさせることが可能であるから、商品取引員において客殺し商法を採用して顧客に損失を生じさせ向い玉を建てることによって右損失を利益として取引員に帰属させる意図であるのにこれを秘してあたかも通常の取引員として顧客の利益を図って営業活動を行うかに装って顧客を商品取引に勧誘することは欺罔行為にあたり、その結果顧客から委託証拠金名下に金員等を受領した場合、商品取引員は右受領した金員等を事実上自由に処分し得るに至るのであるから右金員等自体が取引員の利得であり、それがまた顧客に生じた財産的損失というべきで、その時点で詐欺罪は既遂に達するというべきである」としている。

(2) 客殺し商法を肯定した理由

そこで、控訴審判決が客殺し商法の成立を認めた理由が重要となるが、この点に関しては、同判決はつぎのような各判断を示している(それを、第一審判決の判断と対比させて列挙する)。

(i) 向かい玉 商品取引における損益自体はあくまでも相場の動向によって決せられるものであるから、向かい玉は顧客に損失ないし利益を生じさせるという機能をまったく有しないが、相場の動向の結果として顧客に生じた損失ないし利益を取引員の利益ないし損失として取引員に帰属させるという機能を有する。したがって、客殺し商法が可能であると仮定した場合に、その結果顧客に生じた損失を利益として取引員に帰属させる手段であるとの意味において、向かい玉は客殺し商法秘匿による詐欺商法の基本的手段である。

(ii) 預りを中心とする歩合給制度 預り方式の歩合給制度自体は給与制度の一環をなすものにすぎず、顧客に損失ないし利益を生じさせる機能をまったく有するものでなく客殺し商法を構成する一手段というべきものではないが、従業員をして客殺し商法に走ることを助勢する内部誘因となる。

(iii) 客殺し商法を構成する各手段 ①(利乗せ満玉) 利乗せ満玉自体は顧客に損失ないし利益を生じさせる機能を有しないけれども、顧客の手元に余剰資金を留保しないものであるから、相場動向が逆転した場合に適切な対応に窮する結果となって顧客に損失をもたらす難点があり一般に賢明な取引方法とは考えられない。②(頻繁売買) 売買の結果としての顧客の損益は相場の動向如何

によるから頻繁売買が直接顧客に損益を生じさせるものでないことは明らかであるが、頻繁に不必要な取引を行なうことによって顧客は取引員に対して売買手数料の負担を強いられることとなるからその分不利益を受けることは否定できない。③（利幅制限）利幅を小さく抑えることはそれが売買手数料を超えるものであるかぎり、それ自体顧客に損失を生じさせるものではないけれども、顧客の手仕舞要求をかわして利乗せ満玉を継続させるのに便宜であるし、その後に途転売買を行なう等して顧客に損失を生じさせるのに有効である。④（解約引き延ばし）解約引き延ばし自体は顧客に損失ないし利益を生じさせるものでないけれども、これによって顧客が利益を得て取引関係から離脱するのを防止し、その間に相場が逆に動いて顧客に損失を生じたりあるいは新たな売買を行なって損失の結果を生じさせる可能性を否定できない。⑤（無断ないし一任売買）無断ないし一任売買もそれ自体は顧客に損失ないし利益を生じさせる機能を有しない。しかしながら、顧客に損失を生じさせることを志向している取引員がその意図を秘して顧客に無断ないしその一任をとりつける等して顧客の意思と無関係に自己の思いのままに客殺しの各手段に該当する売買を行なってその結果顧客に損失を生じさせた場合にはじめて客殺し商法を行なったということとなるのであるから、無断ないし一任売買は上記各手段のいずれにとってもまず前提とされるべき根幹的位置を占めるものである。そして、同和商品の顧客については、顧客自身の意思にもとづいて売買を行なったという例は存しない。

(iv) 結論 控訴審判決は、客殺し商法を構成する各手段を以上のように位置づけたうえで、客殺し商法の成立可能性について、つぎのように結論づけている。

すなわち、「結局客殺し商法を構成する前記各手段はいずれもそれ自体としては確実に顧客に損失を生じさせるものではないけれども、商品取引員が顧客に損失を生じさせようとの意図のもとにこれらを自在に組み合わせて売買を繰り返すことによって確実に顧客に損失を生じさせ得ることになるのであって、客殺し商法は成立するというべきである」としている。

4.〔上告審〕最高裁決定

(1) 被告人らの上告申立の理由

検察官の主張をほぼ全面的に認めた上記控訴審判決に対し、被告人らから上告がなされた。被告人らの上告申立の理由は多岐にわたるが、主要な論点となる客殺し商法の成立可能性および詐欺罪の理論構成に反論を加える被告人らの主張は、概要、つぎのとおりである。

(i) 客殺し商法は幻影 向かい玉には商品取引員の経営ヘッジに資するという効用があり、預り方式には商品取引員たる会社の給与方式としての合理性が認められる以上、それらを検察官が主張する客殺し商法と関連づける根拠は見いだせないものであり、また相場に予測可能性がない以上、商品取引員が故意に顧客に損失を生じさせることは不可能であって、利乗せ満玉や頻繁な売買などのそれ自体としては売買の結果としての損益に中立的である取引方法をどのように組み合わせたとしても、それが損失に結びつくものでもない。客殺し商法なるものはそもそも幻影にすぎないのであり、それゆえに同和商品においてこれを採用していたことも認められない。

要するに、相場の確率上損をした（自然死した）にすぎない顧客について、その者が損をさせられた（殺された）と判断したところに控訴審判決の重大な誤りがある。

(ii) 詐欺罪の理論構成の破綻 控訴審判決の論理によれば、「同和商品が顧客の利益のために行動する通常の商品取引員である旨」誤信することが顧客らに生じた誤信の内容であり、そのような誤信を生じさせる勧誘が欺罔行為なのであるが、このように把握された誤信は、これを追究していくと、つぎの二つのうちのどちらかということとなる。一つは、同和商品が「過去において顧客の利益のために行動してきた旨」誤信したということ（過去についての誤信）であり、他の一つは、同和商品が「将来顧客の利益のために行動するであろうという意向を現在有している旨」誤信したということ（現在についての誤信）である。しかしながら、これらの誤信はいずれも勧誘者の勧誘文言ないし態度によって現実に顧客らに生じたところの表象ではない。したがって、控訴審判決は誤信のないところに誤信を認定するという重大な誤謬を犯したのである。

また、委託証拠金名下に金員等を受領した時点で詐欺罪は既遂に達するとする控訴審判決の理論構成によれば、結果的に顧客が利益を得て取引を終了した場合にも、なお詐欺罪の既遂が成立することとなり、著しく不当である。

(2) 控訴審の判断を是認

これに対し、最高裁平成4年2月18日第三小法廷決定⁵⁾は、控訴審判決の認定した事実関係を摘示したうえで、つぎのような職権判断を示して、上告を棄却した。

すなわち、「被告人らは、……いわゆる『客殺し商法』により、先物取引において顧客にことさら損失等を与えるとともに、向かい玉を建てることにより顧客の損失に見合う利益を同和商品に帰属させる意図であるのに、自分達の勤めるとおりに取引すれば必ずもうかるなどと強調し、同和商品が顧客の利益のために受託業務を行う商品取引員であるかのように装って、取引の委託方を勧誘し、その旨信用した被害者らから委託証拠金名義で現金等の交付を受けたものということができるから、被告人らの本件行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成するとした原判断は、正当である。先物取引においては元本の保証はないこと等を記載した書面が取引の開始に当たって被害者らに交付されていたこと、被害者らにおいて途中で取引を中止した上で委託証拠金の返還等を求めることが不可能ではなかったことといった所論指摘の事情は、本件欺罔の具体的内容が右のとおりのものである以上、結論を左右するものではない」とした。

このように最高裁決定は控訴審の判断を基本的に是認したのであるが、これは商品先物取引における客殺し商法に関する事案につき詐欺罪の成立を認めた初めての最高裁判例である（なお、同種の事案に「マルキ商事事件」があり、同事件の場合にも被告人のうち1名から上告がなされたが、最高裁では特段の職権判断が付されることもなく上告が棄却され、有罪が確定している⁶⁾）。

Ⅱ 主要論点の検討

1. 客殺し商法の成立可能性

(1) 問題の所在

同和商品事件について会社ぐるみの詐欺罪の成立が認められるためには、その前提として、同和商品が客殺し商法秘匿による詐欺商法（広義の客殺し商法）を営業方針としていたという事実が認定されなければならない。また、そのためには、このような客殺し商法の成立可能性が一般的に是認されることも必要である。そこで、以下、この点を検討する。

(2) 第一審と控訴審の対立

先に裁判の経過において指摘したように、第一審判決は、検察官の主張する広義の客殺し商法を、それを成り立たしめる各要素に分解したうえで、各要素を個別的に検討するという考察方法（個別的観察方法）を採用して、最終的に同和商品が客殺し商法を営業方針としていたとは認め難いという結論を導いたのに対して、控訴審判決は、故意に顧客を損失勘定に追いやり顧客の損失を業者（商品取引員）の利得とする客殺し商法の仕組みについて、一方で、そのために個々の手段が実際に果たす機能を明らかにしながらも、その全体的ないし一体的な解明を試みるという考察方法（全体的観察方法）を用いて、客殺し商法の成立可能性を論証し、同和商品が営業方針として客殺し商法を採用していたという事実を認定した。そして、このような事実認定の相違が、第一審と控訴審の、会社ぐるみの詐欺罪の成否をめぐる判断の決定的な分かれ目となった。

このような第一審と控訴審の事実認定上の対立については、第一審はどちらかといえば慎重で厳密な事実認定を目指しながらも、その反面であまりにも個別的・分断的に分析したがために「木を見て森を見ず」という俗諺が当てはまる結果となっている嫌いがあるのに対し、控訴審の場合には客殺し商法のメカニズムを解明し先物取引被害の実態に見合った事実を認定しようとする努力が一定の程度において功を奏している、という一応の評価が成り立つと思われるが、最終的な判断を下すためには、やはり広義の客殺し商法を成り立たしめる各要素についての分析・検討もまた必要である。

(3) 広義の客殺し商法の要素

(i) 向かい玉 たしかに向かい玉それ自体は客を殺す手段ではなく、またそれには商品取引員の経営ヘッジに資するという効用が認められる。しかしながら、向かい玉がその性質上顧客の損失勘定を商品取引員の利益勘定とするための受け皿としての機能を果たしうることとは否定し難いところである。したがって利乗せ満玉や頻繁売買などの狭義の客殺し商法（客殺し手法）が成立可能であるならば、向かい玉はその場合に顧客の損失を商品取引員の利益に転化させるというきわめて重要な役割を演じることとなる。このような意味において、向かい玉は広義の客殺し商法を成り立たしめる不可欠の要素である。

(ii) 預りを中心とする歩合給制度 預り方式の歩合給制度は、控訴審判決が指摘するように、その性質上商品取引員たる会社の従業員をして客殺し商法に走らせる内部誘因となるものであり、それに給与方式としての合理性が認められるかははなはだ疑問であるが、それ自体に顧客の損失を招く要因があるわけではなく、したがって広義の客殺し商法を成り立たしめる必須の要素とはなりえない。それゆえに、最高裁決定はこの預り方式にはまったく言及していない。

(iii) 狭義の客殺し商法（客殺し手法） 利乗せ満玉、頻繁売買、利幅制限、解約引き延ばしといった相場仕法ないし営業戦略も、それ自体は、顧客に損失を生じさせるものではない。それどころか、利乗せ満玉や利幅制限（小幅利食い）については、利乗せは重要な相場仕法であるという考え方や利食い千人力といった相場格言が商品取引業界にあるように、それらの効用が強調されることもある。しかしながら、控訴審判決が明らかにしたように、悪質な業者（商品取引員）がこれらの手法を濫用することによって、それらに客を殺す機能を付与することができることもまた事実である。

この間の事情について、控訴審判決はつぎのように述べている。すなわち、「商品取引員が顧客に損失を生じさせようとの意図のもとに顧客の意思を無視して予測される相場動向に反しあるいはこれと無関係に売買を頻繁に繰り返した場合、客殺し商法を構成するその他の各手段を講じなくともそれだけで大多数の顧客に対して確実に損失を生じさせることができ、なお例外的に利益を生じた顧客に対しては、手仕舞要求を延引しながらその間利幅を極力抑えて頻繁売買を繰り返し手数料稼ごに徹しつつ利乗せ満玉を繰り返してゆくと、ひとたび損失を生じた場合売買の規模が次第に拡大されているためそれまでの利益は簡単に消失して損失に転じてしまうのであり、全ての売買において例外なく利益を得続けることが不可能である以上確実に損失を生じさせ得るのである」としている。そして、このような判断は、狭義の客殺し商法のメカニズムをその実態に即して解明したものとして基本的に妥当であろう。

ところが、狭義の客殺し商法の成立可能性を認める上記のような立場に対しては、第一に、商品取引員と顧客との取引は予想困難な相場を対象とするものであるから、客殺しの手口を用いたとしても、そのような「相場の動き」によって顧客に確実に損失を与えるようなことは不可能である、とする批判の見解が表明されている⁷⁾、また第二に、商品取引員の助言指導に従って顧客がその自由な意思にもとづいて取引を行なったかぎり、その結果として生じた損失は顧客の責任である（つまり顧客は自然死したにすぎない）という、上告申立の理由においてみられるような批判が加えられることも予想される。

しかしながら、まず第一の批判に対しては、たしかに相場の動向を完全に予測することは不可能であるが、少なくとも、各種の客殺し手法の中のいずれの手法をどのような場面で用いれば顧客を損失勘定に追いやるのが可能であるかを商品取引員が判断するにおいて必要な限度で大まかに相場の動向を予測することは十分に可能である、と反論することができるであろう（もっとも、商品取引員の思惑が外れることも皆無ではない）。つぎに第二の批判は営業方針としての無断ないし一任売買の不存在を前提とするものであるが、たとえば同和商品においては、たとえ顧客の了解を取り付けていた場合であったとしても、その実質は了解というに値しないものであって、商品取引の知識に乏しい顧客を商品取引員たる会社の従業員が自己の思いのままに操っていたという取引の実態に照らせば、この批判はその前提を欠き失当であるといわざるをえない。

(4) 小括

以上の検討作業によって明らかにされたように、検察官の主張する客殺し商法は成立すると考え

るべきであり、また、そのように考える方が、実際に商品取引員がほとんどの顧客との間において客殺し商法に成功し、委託証拠金の返還を免れて不当な利得を得ているという取引の実態と結果に、よりよく適合するものと思われる⁸⁾。

なお、最高裁は、前述のように、この問題について控訴審の認定判断を基本的には是認したのであり、また学説や実務の見解も、その大多数が客殺し商法の成立可能性を認めている⁹⁾。

2. 客殺し商法と詐欺罪の成否

(1) 問題の所在

「先物取引被害と詐欺罪の成否」という形で問題が設定された場合、商品取引員が勧誘段階において顧客に先物取引の投機性等に関して虚偽の事実を告げるケースや呑み行為に及ぶケース（商品取引員が顧客から売買取引の委託を受けながら、その注文を商品市場につながないで、自己が取引の相手方となって売買を成立させる場合）については、通常、比較的容易に詐欺罪の成立が認められる（いずれのケースについても、委託証拠金騙取の1項詐欺罪が成立することとなる）¹⁰⁾。

ところが、同和商品事件におけるように、すべての勧誘の際に上記のような明白な欺罔手段の使用があったとは認められず（それゆえに、顧客には先物取引の投機性等についても一応の認識があったと考えられ）、しかも商品取引員には顧客の売買注文を商品市場につなぐ意思もあったような場合には、上記のケースとは逆に、従来どおりの対応の仕方では詐欺罪の成立が認められない。そこで、客殺し商法のケースについては、そもそも詐欺罪は成立するか、また、詐欺罪が成立するとして、どのような理論構成でそれを認めることができるかが問われることとなる。

(2) 詐欺罪の理論構成

(i) 欺罔行為 最高裁決定は、前述のように、客殺し商法につき詐欺罪の成立を認めた控訴審の判断を是認するに至ったのであるが、その際、同決定は、先物取引において顧客にことさら損失等を与えるとともに、向かい玉を建てることにより顧客の損失に見合う利益を同和商品に帰属させる意図（広義の客殺し商法を用いる意図）であるのに、同和商品が顧客の利益のために受託業務を行なう商品取引員であるかのように装って、取引の委託方を勧誘することが「欺罔」に当たるとしている。同決定の判文においては、欺罔行為について判示した箇所「自分達の勤めるとおりに取引すれば必ずもうかるなどと強調し〔た〕」という表現もみられるが、この部分は、そのあとに続く「同和商品が顧客の利益のために受託業務を行う商品取引員であるかのように装っ〔た〕」という部分を補強するためのものにすぎず、欺罔行為の構成にとって不可欠の内容ではない。それゆえに、このような欺罔行為の構成によれば、商品先物取引の性質を理解し、その投機性を認識していた顧客に対しても、欺罔行為は認められることとなる。そこで、同決定は、「先物取引においては元本の保証はないこと等を記載した書面が取引の開始に当たって被害者らに交付されていたこと」は詐欺罪の成立という結論を左右するものではない、としている。以下、最高裁決定による欺罔行為の構成について検討する。

まず、学説上、「欺罔行為の性質」については、相手方が真実を知ったならば、財物の交付をし

ないであろうというべき重要な事項につき、虚為の意思表示をすることが欺罔であると説かれているが¹¹⁾、このような見解に照らせば、最高裁決定による欺罔行為の構成は基本的に妥当であるといえよう。なぜならば、顧客にとっては、勧誘を行なう業者が顧客の利益を図って受託業務を行なう健全な商品取引員であるか否かは商品取引の委託を決定するにおいて最も重要な要素の一つであり、仮に委託を引き受ける業者の実体が客殺し商法を用いることを意図している悪質業者であることが最初から判明していれば、顧客としては絶対に取引を委託せず、それゆえに委託証拠金を交付しないであろうと思われるからである。また、最高裁決定によって欺罔に当たるとされた勧誘行為は決して商取引上の駆け引きとして許容されるようなものではないから、それは「欺罔の程度」においても欠けるところのないものである。

なお、ともすれば緩和される傾向にある欺罔の概念に適切な限定を加えることの必要性を指摘し、このような観点から、被害者の取引目的の実現可能性があるときには欺罔はない、と主張する見解が有力になりつつあるが¹²⁾、この欺罔行為限定説に従ったとしても、なお最高裁決定による欺罔行為の構成は是認されることとなるであろう。なぜならば、同和商品事件の場合には、被害者（顧客）の取引目的は顧客のために受託業務を行なう真つ当な商品取引員に売買取引を委託することによって健全な商品取引に参加することであり、そのような取引目的は決して実現されることはないからである。

つぎに、最高裁がその判断を支持した控訴審の判決に対しては、同判決が客殺し商法を用いる意図を「秘匿した」という事実を重視している点をとらえて、それが不作為による欺罔として詐欺罪の理論構成をしているとすれば、そこには問題がある、とする批判的な見解が示されている。そして、このような見解を主張する論者は、客殺し商法という違法な行為をする目的を告知すべき義務が行為者に課せられるということとはありえないから、それを告知しないことをもって欺罔手段とすべきではない、と述べている¹³⁾。しかし、控訴審判決と最高裁決定は、客殺し商法を用いる意図であるのに顧客の利益のために受託業務を行なうかのように装って勧誘したという作為が欺罔行為に当たるとしているのであって、決して不作為による欺罔のケースを想定しているのではない。同和商品事件のようなケースについても、なお作為による欺罔（拳動による積極的な欺罔）の存在を承認することは、従来より判例・通説によって認められてきたところである¹⁴⁾。上記意図の秘匿は拳動の一部をなすものと解すべきである。したがって、この種のケースにおいては、欺罔行為の存在を認定するに際して、客殺し商法を用いる意図の告知義務が行為者に課せられていたかを問題とすることは必要でない¹⁵⁾。

むしろ、控訴審判決と最高裁決定によって試みられた欺罔行為の構成が孕んでいる問題性としては、そのような構成においては客殺し商法を用いる意図という主観的事情（内心的事実）の存在が決定的に重要な役割を演じるものとなっている点を取り上げるべきであろう。しかし、勧誘段階における委託証拠金の騙取をもって詐欺罪の成立を認めるという理論構成をとるかぎり、欺罔行為の構成において上記意図の重視・強調を回避することはできない。なぜならば、上記の判例が欺罔行為に当たるとした行為から客殺し商法を用いる意図を取り除けば、そこには通常の勧誘行為の姿が

残るにすぎないからである（ここで、同和商品事件の場合には、すべての勧誘にあたって具体的な欺罔の言辞があったとは認められないケースが問題となっていることを想起すべきである）¹⁶⁾。

そこで、問題は、そのような意図の存在をどのようにして立証するか、ということとなるが、控訴審判決は、客殺し商法が当該商品取引員の営業方針となっているという客観的事情の存在を通じて勧誘時点における上記意図の存在を推認しうるものと判断したのであり、最高裁決定も基本的にこのような認定判断を是認したのである。この点に関しては、控訴審の判決理由を読むかぎりにおいて、たしかに同和商品事件は、商品取引員たる会社が客殺し商法を営業方針としていたと認定しても差し支えない事案であったと考えてよいであろう。しかしながら、一般論としては、そのような事実認定には困難を伴うことが多く、そのかぎりでも、個々の勧誘時点における客殺し商法の意図の立証が暗礁に乗り上げるような事態も避けられないのではないと思われる。このような意味において、主観的事情（内心的事実）を重視した欺罔行為の構成にあっては、詐欺罪の構成要件該当性の判断がやや不安定なものとなる虞れがあるといえよう（もっとも、客殺し商法以外のケースでも、内心的事実（たとえば代金支払いの意思）の存在について錯誤を生ぜしめるような欺罔行為に関しては、大なり小なり同様の問題が生じるともいえる）。

なお、客殺し商法の意図の存在は詐欺罪の故意ないし不法領得の意思の認定にも関係する問題であるが、上述のような欺罔行為の構成をとる場合には、それ以前に、それが欺罔行為それ自体の認定に不可欠の要素としてかかわっていることに注意する必要がある。

(ii) 財産的損害 控訴審判決と最高裁決定は、前述のような欺罔行為の構成にもとづいて、詐欺罪全体をつぎのように理論構成している。つまり、被告人らは、商品先物取引の勧誘に際して、上記欺罔行為を用いて、客殺し商法の意図を有する業者を顧客の利益のために受託業務を行なう商品取引員であると顧客に誤信させ（顧客を錯誤に陥らせ）、その錯誤にもとづく財産的処分行為によって委託証拠金名義の現金等を交付させて、それを領得（騙取）した、としている。したがって、被害物は委託証拠金名義の現金等であり、被告人らがそれを受領した時点で1項詐欺罪は既遂に達するのである。この点に関して、控訴審判決は、先に裁判の経過においても指摘しておいたように、「〔欺罔の結果〕顧客から委託証拠金名下に金員等を受領した場合、商品取引員は右受領した金員等を事実上自由に処分し得るに至るのであるから右金員等自体が取引員の利得であり、それがまた顧客に生じた財産的損失というべきで、その時点で詐欺罪は既遂に達するというべきである」としている。それゆえに、商品取引員による客殺し商法の敢行を俟たずに詐欺罪は成立するのであり、控訴審判決によれば、「その後に行う現実の売買とその結果生じた損失を向い玉を介して自己に帰属させるのは右態様の詐欺罪の実行行為ではなく、既に完了した詐欺罪の発覚を防止するために行う隠蔽工作と解すべき」こととなる。また、最高裁決定は、上述のような詐欺罪の理論構成に関連して、「被害者らにおいて途中で取引を中止した上で委託証拠金の返還等を求めることが不可能ではなかったことといった……事情」（つまり、顧客が強硬な態度で商品取引員の上記隠蔽工作を阻止することもまったく不可能ではなかったという事情）は詐欺罪の成立という結論に影響しない、と判示している。

そして、このような理論構成は、1項詐欺罪を個別財産に対する罪と解し、財物の交付・喪失自体を損害とする従来からの解釈¹⁷⁾に従ったものであり、詐欺罪の構成要件の解釈をとくに変更するものではない。換言すれば、控訴審判決と最高裁決定は、客殺し商法秘匿による詐欺商法が詐欺罪を構成するか、という新たな問題を従来からの伝統的な詐欺罪解釈論の枠内で解決することに一応は成功しているといえるのである。

ところが、控訴審判決と最高裁決定が採用した詐欺罪の理論構成によれば、業者（商品取引員）における客殺し商法の敢行が個々の取引の過程で不成功に終わり、業者の思惑とは反対に顧客が利益を上げて手仕舞いをさせる（取引を終了する）ような場合にも、理論上は、すでに詐欺罪は既遂に達していることとなる。もっとも、このような場合、利益を上げた顧客が告訴することはほとんど考えられないので現実的な問題は起こらないといってもよい¹⁸⁾、また起訴裁量等によって対処すればすむことであるとも考えられる。しかし、被告人・弁護人側が、その上告申立の理由において、上記の理論的帰結の不当性を繰り返し強調していることもあるから、この種の検討課題も、それを単に手続上の問題に解消して処理するだけでは不十分であろう。

さて、上記の理論的帰結が仮に不当であるとして、その際それを不当とする判断の根拠が問われなければならないが、その場合には、詐欺罪における財産的損害の概念と商品取引における経済的実損の観念との乖離という問題が浮上してくる。すなわち、商品取引員が顧客の注文を商品市場につなぐかぎり、顧客の損失は商品取引員において客殺し商法が奏功した時点で初めて確定するのであって、この時点で確定した損失こそが顧客に生じた経済的実損であり（通常、客殺し商法による先物取引被害と呼ばれているのも、この時点における損害である）、顧客が委託証拠金を預託した時点では、この種の実損の発生は未だ不確定な状態にあるにすぎない、ということである。

このように、たしかに控訴審判決と最高裁決定が採用している財産的損害の概念には経済的観点（商品取引上の観点）が欠如しているともいえる。しかしながら、このことをもって、委託証拠金名義の現金等の交付それ自体を損害とする論法が著しく不当であると断定してしまうことは早計であると思われる。つまり、少なくとも同和商品事件に関するこれらの判例における財産的損害の概念は、事実上損害不要説であると批判されるほどまでに形骸化した損害概念に墮しているわけではない¹⁹⁾。なぜならば、勧誘時点から客殺し商法の意図を有している商品取引員が当該商法を敢行するかぎり、顧客に損失（経済的実損）が生じることはほぼ確実であり、そのような意味において、勧誘時点で商品取引員に預託された委託証拠金名義の現金等が顧客に返還されない蓋然性はきわめて高度な段階に達しているといえるからである。このような事態の惹起をもって財産的損害の発生と考えることは十分に可能であろう。したがって、先の問題に関しては、結果的に利益を得て取引から離脱した顧客についても、理論上、委託証拠金預託の時点で上記の意味での財産的損害は発生しているといえるのである。

もちろん、上記の私見も一つの試論の域を出るものではない。従来、詐欺罪における財産的損害の概念は主として相当対価の提供とのかかわりで議論されてきたが、その種の議論とは別に、上述のような意味において、客殺し商法秘匿による詐欺商法の問題は上記「損害概念」の再検討を促す

契機となりうるであろう²⁰⁾。

(3) 詐欺罪と消費者保護の視点

控訴審判決と最高裁決定による詐欺罪の理論構成には、弱者救済ないし消費者保護の視点が含まれているとする見解が示されている。ある論者は、最高裁決定が被告人らの行為が欺罔行為に当たるとしたことには、同和商品事件の被害者が主として先物取引に無知な家庭の主婦や老人であったことが深く関係している、と指摘し、そのような認識を前提として、同決定は詐欺罪の構成要件を通じて弱者救済の性格を帯びた問題の解決を図った、としている²¹⁾、また別の論者は、同和商品事件最高裁決定に代表される最近の判例による、客殺し商法のような詐欺的商法における詐欺罪の「適用拡大」の最大の原動力は消費者保護にあった、と述べている²²⁾。

しかしながら、これらの見解は必ずしも正確とはいえないと思われる。まず、第一の論者が指摘するように、被害者が主として先物取引に無知な家庭の主婦や老人であったことはたしかに同和商品事件の一つの特徴であり、それが何らかの形で最高裁の判断に影響したであろうという推測は成り立つかもしれない。ところが、このような特徴が最高裁決定による欺罔行為の構成それ自体に影響を及ぼしているという事実は存在しないといわざるをえない。なぜならば、先に検討したように、同決定による欺罔行為の構成においては、むしろ被害者（顧客）の商品先物取引に関する知識の有無とは関係なく、欺罔行為が認められることとなるからである。したがって、最高裁決定が詐欺罪の成立を認めるにおいて弱者救済の視点を導入したとする理解の仕方は、その前提を欠き成り立ちえないのである。

なお、同和商品が客殺し商法秘匿による詐欺商法を展開するにおいてそのターゲットを家庭の主婦や老人に絞ったのは、すでに完了した詐欺罪の発覚を防止するために用いられる隠蔽工作としての客殺し商法の取行が商品先物取引に通じた顧客に対しては奏功し難いとする、同社の判断にもとづくものと考えるべきであろう。

つぎに、第二の論者は、最高裁決定が詐欺罪の成立を早い時点で認めるために顧客の経済的実損の発生を俟たずに同罪の成立を認めたことをもって詐欺罪の「適用拡大」と解しているようである²³⁾。そして、この点については、たしかに論者が指摘するように、豊田商事事件に関する大阪地裁判決²⁴⁾等にみられる詐欺罪の理論構成（経営が破綻し、出資金の返還が不可能となり、顧客の実害発生が明白となった時点以降の勧誘行為について欺罔行為が認められる、とする理論構成）を採用した場合に同罪が成立する時点に比して、同和商品事件最高裁決定におけるその成立時点は（顧客の経済的実損を俟たずに成立するという意味において）時期的に早まっているといえる。しかしながら、ここにみられる詐欺罪成立時点の時期的なずれは、豊田商事事件と同和商品事件の事案の相違（詐欺的商法の類型の相違）にもとづくものであり、同和商品事件最高裁決定が意図的に詐欺罪の成立時点を早めようとしたとは考えられない。また、先に最高裁決定による詐欺罪の理論構成を分析・検討したときに明らかにしたように、同決定は従来からの伝統的な詐欺罪解釈論の枠内で客殺し商法の問題を解決したのである。したがって、最高裁決定には詐欺罪の適用を拡大しようとする明白な傾向は認められず、それゆえに、その原動力を消費者保護に求める見解はその前提を欠

き成り立ちえないのである。

思うに、改めて指摘するまでもないが、最高裁決定が客殺し商法につき詐欺罪の成立を認めた意義は大きく、そのことには将来の類似事件の再発を防止し、先物取引被害の再発防止に役立つという一般予防効果が伴うであろうと期待される²⁵⁾。そして、このような意味での一般予防効果が最高裁決定と（先物取引被害の再発防止という意味における）消費者保護との唯一の接点なのである。

ところで、近時その法的解決が喫緊の課題とされている消費者保護の問題においては、周知のように、その最大の眼目は消費者被害の事前防止にあるといえる。しかるに、前稿においても言及したように、事後的な刑事責任の追及を本旨とする、刑法典上の伝統的な財産犯罪としての詐欺罪は、上記の一般予防効果の問題を別とすれば、消費者被害の事前防止という機能を果たすものではなく、ここに、詐欺罪の規定を用いて詐欺的商法に対する刑事規制を行ない、消費者保護の目的を達成しようとする方法の限界が認められる。消費者被害の未然防止・拡大防止は基本的に各種規制立法（業法）の役割であることを忘れてはならない²⁶⁾。したがって、消費者保護を大義名分として刑法典上の伝統的な財産犯罪としての詐欺罪の「適用拡大」を図る見解があるとすれば、それはその方向性において疑問であるとしなければならない。同和商品事件に関する控訴審判決と最高裁決定がこのような過ちを犯したとはいえないであろう。

(4) 小括

客殺し商法が成立しうるかぎり、控訴審判決と最高裁決定が会社ぐるみの詐欺罪の成立を認めたのは当然であり、またこれらの判例が用いた詐欺罪の理論構成は基本的に妥当である。理論構成については、客殺し商法の意図という主観的事情（内心的事実）の存在を重視した欺罔行為の構成や経済的実損の観念とは乖離した財産的損害概念になお検討の余地は残るけれども、これらの問題も詐欺罪成立という結論の妥当性に影響を及ぼすものではない。なお、上記判例が詐欺罪の成立を認めるにおいて弱者救済ないし消費者保護の視点を導入したとする捉え方は必ずしも正確な理解とはいえない。

むすびにかえて

同和商品事件控訴審判決の刑事司法実務に対する最も重要な貢献は、同判決が実に複雑巧妙な客殺し商法（広義）のメカニズムを解明し、商品取引員が客殺し商法（狭義）を駆使して顧客を損失勘定に追いやったうえで向かい玉を介して顧客の損失を商品取引員の利得に転化させるというシステムの存在を論証したことにある。そして最高裁決定は、客殺し商法は可能であるとする控訴審の認定判断を是認することによって、それが幻想か実在かをめぐる第一審と控訴審の対立に終止符を打ったのであり、ここに同決定の最大の意義が認められる。

そのうえで、控訴審判決と最高裁決定は、どちらかといえば従来からの伝統的な詐欺罪解釈論に忠実に従い、詐欺罪の構成要件の解釈をとくに変更することなく同罪の理論構成を行なって、会社ぐるみの詐欺罪の成立を認めるという結論を導いたのである。詐欺罪の理論構成については、財

産的損害概念をめぐる議論のように、今後なお検討を要する課題も見いだされるが、これらの判例によって示された詐欺罪適用に関する論理の展開は基本的に妥当である、とする評価が成り立ちうるであろう。

ところで、同和商品事件最高裁決定は、近時の詐欺的商法ないし悪徳商法について詐欺罪成立の判断を示した最初の最高裁判例である（詐欺罪の成立が認められたその他の事案の大多数は下級審で有罪が確定し、上告がなされた事案についても、最高裁では特段の職権判断が付されていない）。そこで、この最高裁決定を一つの契機として、詐欺的商法ないし悪徳商法の抑止のために今後なお一層積極的な役割を演じることが詐欺罪に期待されるようになるかもしれない。しかしながら、先にも述べたように、消費者保護を根拠として、刑法典上の伝統的な財産犯罪としての詐欺罪に「過剰な」期待を寄せることは必ずしも望ましいことではないのである。

最後に、最高裁決定の意義を認めつつ、それが及ぼす影響を冷静な目でフォローするという態度が必要であることを指摘し、これをもって本稿のむすびにかえることとしたい。

注

- 1) 垣口克彦「商品先物取引をめぐる犯罪について——先物取引被害再発防止における刑法の役割——」阪南論集社会科学編29巻1号25頁以下。
- 2) 本判決は、最高裁判所事務総局編『経済取引関係裁判例集』（平成4年）246頁以下に収録されている。
- 3) 本判決は、最高裁判所事務総局・前掲注2）267頁以下に収録されている。なお、本判決についての解説としては、神山敏雄「商品先物取引と詐欺罪」『新証券・商品取引判例百選』（別冊ジュリスト100号）222頁以下がある。
- 4) トップマネジメントの有罪を導いた控訴審判決の共謀共同正犯論にも検討の余地があるけれども、この問題の分析・検討については他日を期することとしたい。なお、この点については、神山・前掲注3）224頁参照。
- 5) 刑集46巻2号1頁。本決定についての評釈・解説としては、朝倉京一「いわゆる客殺し商法と会社ぐるみの詐欺罪の成立」専修法学論集58号275頁以下、伊藤渉「商品先物取引によりいわゆる客殺し商法により顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた行為について詐欺罪の成立が認められた事例」警察研究64巻5号49頁以下、岩橋義明「商品先物取引におけるいわゆる客殺し商法につき、詐欺罪が認められた事例」法律のひろば45巻5号44頁以下、江藤孝「商品先物取引に関する『客殺し商法』と詐欺罪の成否」『平成4年度重要判例解説』（ジュリスト1024号）177頁以下、京藤哲久「商品先物取引に関していわゆる『客殺し商法』を行う意図で現金等の交付を受けた行為が詐欺罪にあたりとされた事例」法学教室145号142頁以下、警察実務研究会「商品先物取引におけるいわゆる客殺し商法につき、詐欺罪が認められた事例」『警察実務重要裁判例平成5年版』120頁以下、長井圓「先物取引『客殺し商法』による詐欺罪」法学教室150号別冊付録『判例セレクト'92』38頁、山中敬一「商品先物取引におけるいわゆる『客殺し商法』と詐欺罪」法学セミナー453号126頁、同「商品先物取引における『客殺し商法』と詐欺罪の成否」受験新報1992年12月号別冊付録『最新判例ハンドブック』32頁以下がある。
- 6) 「最高裁新判例紹介」法律時報64巻7号91頁参照。
- 7) 郷原信郎「証券取引、商品取引と詐欺罪」佐藤道夫編『刑事裁判実務大系第8巻財産的刑法犯』（平成3年）406-407頁。
- 8) 高井新二「商品先物取引と詐欺」研修530号97頁参照。
- 9) たとえば、神山敏雄『経済犯罪の研究第1巻』（平成3年）96頁以下、とくに182頁以下、長井圓『消費者取引と刑事規制』（平成3年）384頁以下、太田裕之「海外先物取引事犯の考察」警察学論集40巻6号75頁以下、竹内浩司「先物取引事犯の捜査について」警察学論集44巻4号96頁以下、中村明「海外先物取引をめぐる不正事犯」金融法務事情1275号43頁以下、松田三郎「先物取引の仕組みと悪質商法の実態（下）」警察学論集41巻2号82頁以下、松永栄治「起訴事例に見る悪徳商法詐欺事犯の実態とその系譜」法律のひろば42巻7号4頁以下。
- 10) この点について詳しくは、垣口・前掲注1）28頁以下参照。
- 11) 大谷實『刑法講義各論〔第3版〕』（平成2年）240-241頁。
- 12) 林幹人「詐欺罪における欺罔の概念——豊田商事事件（大阪地裁平成元年3月29日判決）を契機として——」

- 『刑法の現代的課題』（平成3年）170-171頁。なお、木村光江「詐欺罪の現代的課題（2・完）」東京都立大学法学会雑誌34巻2号76頁参照。
- 13) 神山・前掲注9）104頁，189—190頁。さらに，神山敏雄「経済犯罪——その実情と法的対応——」13）捜査研究502号69-70頁も参照。なお，村井敏邦・佐々木光明・前田朗「判例回顧刑法」『判例回顧と展望1992』（法律時報65巻4号）39頁は，最高裁決定には単なる告知義務違反を欺罔に当たるとしている点で異論がありうる，としている。
 - 14) 団藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』（昭和41年）[福田平執筆] 186-187頁，190頁，大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編『大コメンタール刑法第10巻』（平成元年）[高橋省吾執筆] 38頁，平場安治・尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」『総合判例研究叢書刑法(15)』（昭和36年）21頁以下参照。さらに，林・前掲注12）178頁以下も参照。
 - 15) 平場・尾中・前掲注14）22頁参照。
 - 16) このような意味で，神山・前掲注3）224頁における，「客殺し商法利用意図と詐欺罪の理論構成のかかわり」に関する神山教授の理解の仕方は疑問である。
 - 17) 団藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』（平成2年）619頁，福田平『全訂刑法各論 [増補版]』（平成4年）244頁，大塚仁『刑法概説（各論）[改訂版]』（昭和62年）248頁，内田文昭『刑法各論 [第2版]』（昭和59年）322頁など参照。
 - 18) 神山・前掲注3）224頁参照。
 - 19) ちなみに，中森喜彦『刑法各論』（平成3年）147頁は，「財物・利益の交付・喪失自体を損害とするのでは，財産的損害を不要とするのと変わらず，不十分であろう」とする。同旨，前田雅英『刑法各論講義』（平成元年）295頁，中山研一『概説刑法Ⅱ』（平成3年）133頁。
 - 20) 利殖詐欺との関連で，詐欺罪における「欺罔」と「損害」の概念を再検討しようとする最近の研究として，木村光江「詐欺罪の現代的課題(1)（2・完）」東京都立大学法学会雑誌34巻1号1頁以下，2号43頁以下。
 - 21) 京藤・前掲注5）143頁。
 - 22) 木村・前掲注12）92頁。
 - 23) 木村・前掲注12）51頁，64頁，80頁，102頁。
 - 24) 大阪地判平元・3・29判時1321・3。本判決の分析・検討については，垣口克彦「現物まがい商法に対する刑事規制について」阪南論集社会科学編28巻2号73頁以下参照。
 - 25) 朝倉・前掲注5）283頁参照。
 - 26) この点については，垣口・前掲注1）33頁，同・前掲注24）75頁参照。なお，藤木英雄『行政刑法』（昭和51年）284-285頁参照。

＜追記＞

原稿の提出後，中空壽雅「商品先物取引における『客殺し商法』と詐欺罪の成否」判例タイムズ835号30頁以下と大谷直人「商品先物取引に関していわゆる客殺し商法により顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた行為について詐欺罪の成立が認められた事例」法曹時報46巻3号182頁以下に接した。これらの論稿も同和商品事件最高裁決定の評釈であるが，本稿の執筆時には残念ながらこれらを参照することはできなかった。

(1994年4月5日受理)